

Le droit international des brevets Entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain

Jean-Frédéric Morin

Volume 34, numéro 4, décembre 2003

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/038680ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/038680ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

IQHEI

ISSN

0014-2123 (imprimé)

1703-7891 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Morin, J.-F. (2003). Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain. *Études internationales*, 34(4), 537–562.
<https://doi.org/10.7202/038680ar>

Résumé de l'article

Cet article présente 39 accords bilatéraux de propriété intellectuelle conclus entre les États-Unis et des pays importateurs de technologie. Ces accords permettent au gouvernement américain de contourner les négociations multilatérales de l'OMC. En utilisant une approche coercitive, le gouvernement américain est parvenu à tisser une toile d'accords bilatéraux qui va bien au-delà de l'Accord sur les ADPIC. D'abord, sur le plan géographique, plusieurs pays qui ont signé ces accords ne sont pas membres de l'OMC, ou alors ils profitent des périodes transitoires. Ensuite, sur le plan juridique, plusieurs normes prévues dans ces accords sont plus élevées que celles de l'Accord sur les ADPIC, particulièrement en ce qui concerne la brevetabilité des inventions. Par conséquent, les gains que peuvent faire les pays importateurs de technologie, lors du présent cycle de négociation à l'OMC, doivent être relativisés par une analyse des accords bilatéraux.

Le droit international des brevets Entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain

Jean-Frédéric MORIN*

RÉSUMÉ : Cet article présente 39 accords bilatéraux de propriété intellectuelle conclus entre les États-Unis et des pays importateurs de technologie. Ces accords permettent au gouvernement américain de contourner les négociations multilatérales de l'OMC. En utilisant une approche coercitive, le gouvernement américain est parvenu à tisser une toile d'accords bilatéraux qui va bien au-delà de l'Accord sur les ADPIC. D'abord, sur le plan géographique, plusieurs pays qui ont signé ces accords ne sont pas membres de l'OMC, ou alors ils profitent des périodes transitoires. Ensuite, sur le plan juridique, plusieurs normes prévues dans ces accords sont plus élevées que celles de l'Accord sur les ADPIC, particulièrement en ce qui concerne la brevetabilité des inventions. Par conséquent, les gains que peuvent faire les pays importateurs de technologie, lors du présent cycle de négociation à l'OMC, doivent être relativisés par une analyse des accords bilatéraux.

ABSTRACT : This paper portrays 39 bilateral agreements on intellectual property rights (IPR), so-called TRIPS-Plus agreements, concluded by the United States with developing countries. These agreements allow the United States to bypass multilateral negotiations currently held at the World Trade Organization. Based on a coercive strategy, the US government is shaping a web of bilateral IPR agreements wider than the TRIPS agreement. Indeed, many countries that sign bilateral agreements are not WTO members or take advantage of the TRIPS' transitional periods. Moreover, bilateral agreements often set higher IPR standards especially those related to the patentable subject matters. Therefore, the potential gains that developing countries could obtain during the Doha Round need to be put in the perspective of these bilateral agreements.

Le très controversé Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) est progressivement dépassé par une série d'accords bilatéraux. Lors de la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1995, l'Accord sur les ADPIC était considéré comme la « nouvelle frontière » du droit international des brevets¹. Encore récemment, la vive polémique au

* Chercheur au Centre international Unisfera, doctorant en droit à l'Université de Montpellier et doctorant en science politique à l'Université du Québec à Montréal. L'auteur tient à remercier M. Karel Mayrand, M. René Côté et M. Christian Deblock, Mme Céline Montminy et les deux évaluateurs anonymes pour leurs commentaires sur les premières versions de cet article. Les opinions exprimées et toute inexactitude demeurent entièrement attribuables à l'auteur.

1. L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, fait à Marrakech le 15 avril 1994. Encore en 2001, « The WTO and TRIPS are thus the main and most recent tools enforcing both a global market system and intellectual property rights worldwide. » ; Josep-Antoni GARI, « Conservation, Use and Control of Biodiversity. Local Regimes of Biodiversity Versus the Global Expansion of Intellectual Property Rights », in Peter DRAHOS et Michael BLAKENEY (dir.), *IP in Biodiversity and Agriculture. Regulating the Biosphere*, London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 17.

sein de l'OMC sur le « brevetage » des médicaments essentiels, partiellement résolue en 2001 par la *Déclaration de Doha sur la santé publique*, a pu laisser croire que l'Accord sur les ADPIC était toujours le moteur du régime international des brevets². Or, bien que l'attention médiatique soit concentrée sur les organisations multilatérales, comme l'OMC, et les grands sommets internationaux, comme celui de Doha, les limites du régime international des brevets sont maintenant repoussées par la voie plus discrète, mais non moins efficace, des accords bilatéraux.

En nous appuyant sur un corpus non exhaustif de 39 accords bilatéraux³ conclus entre les États-Unis et différents pays importateurs de technologie, depuis le début des années 90, nous entendons démontrer que ces accords représentent à la fois une extension dans l'espace géographique et dans le droit des brevets. Ils visent des pays qui, jusque-là, négligeaient les droits de propriété intellectuelle et les inventions qui n'étaient pas obligatoirement brevetables. Cette double extension, de sujets et d'objets, nous laisse croire que les accords bilatéraux remplacent progressivement l'Accord sur les ADPIC au front des avancées du régime international des brevets, là où se confrontent les positions des pays exportateurs et importateurs de technologie. Notre objectif n'est pas de démontrer que l'Accord sur les ADPIC est rendu inutile, ce qui serait faux à plusieurs égards, mais qu'une nouvelle tendance se dessine au niveau bilatéral. La récente conclusion d'accords bilatéraux de libre-échange avec Singapour et le Chili, ainsi que les négociations actuelles avec le Maroc, le Marché commun de l'Amérique centrale, l'Union douanière d'Afrique australe et avec l'Australie illustrent bien l'actualité de cette tendance dans la politique commerciale américaine.

L'approche critique exerce un fort attrait dans l'analyse politique du droit international des brevets⁴. Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de *néo-impériale* ou *néo-coloniale* la politique commerciale des pays exportateurs de technologie. L'activiste indienne Vandana Shiva s'inscrit dans ce courant : « Alors que les guerres coloniales d'autrefois eurent lieu dans un champ géographique, la colonisation a maintenant lieu dans un champ intellectuel⁵. » Il est vrai que

2. La *Déclaration de Doha sur la santé publique* a prolongé les périodes dérogatoires et a reconnu la flexibilité d'interprétation de l'Accord sur les ADPIC, mais elle n'a pas réglé le problème des pays qui n'ont pas de capacité de production suffisante pour émettre des licences obligatoires.

3. Il s'agit soit d'accords qui portent spécifiquement sur la propriété intellectuelle, soit d'accords commerciaux qui prévoient des dispositions sur la propriété intellectuelle. Nous avons écarté les accords sur l'investissement parce qu'ils ne concernent pas la brevetabilité mais plutôt la protection des droits de propriété intellectuelle. Certains accords que nous avons étudiés n'ont toujours pas été ratifiés. La liste de ces accords se trouve plus loin dans le texte.

4. Susan K. Sell considère que l'approche néo-réaliste est plus appropriée pour étudier les changements dans le régime international des brevets. Susan K. SELL, « Intellectual Property Protection and Antitrust in the Developing World. Crisis, Coercion, and Choice », *International Organization*, vol. 49, printemps 1995, pp. 315-349.

5. Vandana SHIVA, *Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Rights*, London/New York, Zed books, 2001, p. 14. Traduction libre de l'auteur. Voir aussi Laurie Anne WHITT, « Indigenous Peoples, Intellectual Property and the New Imperial Science », *Oklahoma City University Law Review*, vol. 23, printemps/été 1998, pp. 211-259.

les conclusions des négociations commerciales internationales se comprennent davantage sous le prisme de la coercition que sous celui de la coopération⁶. Mais il faut nuancer ce portrait quelque peu manichéen en étudiant le rôle des acteurs privés, la mise en œuvre effective des accords internationaux, l'évolution des positions des acteurs étatiques et les réussites des pays importateurs de technologie.

Pour ce faire, nous reprendrons le cadre conceptuel de « régime » défini comme un ensemble de principes explicites et implicites, de normes, de règles et de décisions qui fondent les attentes des différents acteurs d'un champ particulier des relations internationales⁷. Bien que les normes prévues dans les accords bilatéraux de propriété intellectuelle ne représentent qu'une fraction de celles qui composent le régime international des brevets, le concept de régime donne une certaine unité à notre *corpus*. De plus, notre étude des accords bilatéraux ne se limitera pas à démontrer la double extension qu'ils représentent, comme s'il s'agissait d'un saut entre deux états statiques. Nous analyserons également les processus juridiques et politiques qui ont conduit à la conclusion de ces accords bilatéraux. Cette étude intéressera donc, non seulement les spécialistes du droit international de la propriété intellectuelle, mais également les observateurs de la politique commerciale américaine et des relations Nord-Sud.

Nous démontrerons tout d'abord que le bilatéralisme, par rapport au multilatéralisme, représente une issue avantageuse pour les États-Unis. Dans la deuxième section, nous verrons que les accords bilatéraux permettent d'appliquer des normes rigoureuses en matière de brevets dans des pays qui bénéficient d'exceptions dans l'Accord sur les ADPIC ou qui ne sont pas membres de l'OMC. Nous constaterons enfin que cette extension géographique se conjugue avec une extension de la brevetabilité sur des objets qui n'étaient autrefois pas considérés comme des inventions brevetables. De cette façon, les États-Unis façonnent le régime international des brevets pour qu'il puisse mieux répondre à leur développement commercial et technologique.

I – Du multilatéralisme au bilatéralisme en propriété intellectuelle

Avec l'intensification des échanges commerciaux, la protection accordée aux brevets à l'étranger est devenue un thème central de la politique commerciale. Pour les exportateurs américains, la contrefaçon d'inventions à l'étranger est perçue comme un manque à gagner dans les exportations de licences et de produits brevetés. Afin de protéger le commerce des inventions brevetées et des licences d'exploitation, les États-Unis doivent s'assurer que des normes élevées de propriété intellectuelle sont respectées par les pays qui les concurrencent

6. Peter DRAHOS, « Global Property Rights in Information. The Story of TRIPS at the GATT », *Prometheus*, vol. 13, juin 1995, p. 16.

7. Andreas HASENCLEVER, Peter MAYER et Volker RITTBERGER, *Theories of International Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, 248 p.

dans la production de biens technologiques et par les pays qui consomment leurs produits.

La voie multilatérale représente plusieurs avantages dans les négociations internationales sur les brevets. D'abord, elle permet de remplacer une série de négociations bilatérales qui monopolisent du temps et des ressources précieuses. Ensuite, elle favorise l'harmonisation des différentes législations nationales, qui se traduit par une simplification des procédures et une réduction des coûts de transaction, tant pour les offices nationaux de brevets que pour les demandeurs de brevets. Ainsi, dès le ^{xix}^e siècle, avec la conclusion de la *Convention de Paris sur la propriété industrielle*, le régime international des brevets a progressé par la voie du multilatéralisme⁸. Avec la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, le rôle de moteur du régime international des brevets passa de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) à l'OMC mais demeura au niveau multilatéral. Néanmoins, comme nous le verrons dans cette section, l'OMC n'offre pas toute la force relative de négociation que permet la voie bilatérale. Les stratégies des entreprises privées et du gouvernement américain qui ont mené avec succès à l'Accord sur les ADPIC sont maintenant reprises, par les mêmes acteurs, pour promouvoir les accords bilatéraux.

A — Le contexte entourant la conclusion de l'Accord sur les ADPIC

Plusieurs auteurs ont observé que les acteurs privés ont joué un rôle capital dans l'émergence de l'Accord sur les ADPIC. Le professeur Peter Drahos, de l'Université nationale d'Australie, a constaté que des entreprises, comme IBM, des associations d'entreprises, comme l'*Intellectual Property Committee*, et des individus, comme le président de Pfizer, Edmund Pratt, ont contribué significativement à l'élaboration de la politique américaine en matière de propriété intellectuelle⁹. Ils ont orienté les politiques du représentant au commerce américain (USTR) par le biais de l'*Advisory Committee for Trade Negotiations* (ACTN) et ont exercé une pression constante sur le Congrès, particulièrement réceptif en raison du déficit commercial américain pour les produits de haute technologie¹⁰.

L'une des principales réclamations de ces acteurs privés était d'inclure les questions de propriété intellectuelle dans les accords commerciaux. À cette époque, les questions de propriété intellectuelle au niveau international étaient principalement débattues à l'OMPI et n'étaient pas systématiquement analysées sous un jour commercial. Mais en incluant les questions de propriété intellectuelle dans les accords commerciaux, les pays exportateurs de technologie bénéficieraient d'un levier efficace pour négocier et sanctionner la protection

8. *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883.

9. John BRAITHWAITE et Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, pp. 69-72. Voir également Susan K. SELL, « TRIPS and the Access to Medicines Campaign », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 2, été 2002, pp. 486-488.

10. Zhang SHU, *De l'OMPI au GATT. La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle*, Paris, Litec, 1994, p. 213.

offerte à l'étranger sur leurs propriétés intellectuelles. Pour reprendre la formule de Robert Sherwood et Carlos Braga : il fallait consacrer à l'échelle internationale un mariage de raison entre le droit commercial et le droit de la propriété intellectuelle¹¹.

Le gouvernement américain intégra les réclamations de ses entreprises innovatrices dans sa politique commerciale. Pour mieux associer les questions de propriété intellectuelle à celles du commerce international, les États-Unis utilisèrent une stratégie que John Braithwaite et Peter Drahos ont qualifiée de « forum shifting¹² ». Cette stratégie consistait à faire passer le rôle de moteur du droit international de la propriété intellectuelle de l'OMPI vers l'OMC. Ce deuxième forum avait l'avantage de permettre des négociations croisées avec une réduction de tarifs douaniers et d'assurer la sanction de ces accords par un système de règlement des différends pouvant déboucher sur des sanctions commerciales. L'introduction des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du GATT a fait basculer les débats internationaux de la question de l'harmonisation procédurale à la fixation de norme minimale. Depuis, le régime international des brevets s'articule principalement autour des questions commerciales¹³.

Afin de s'assurer que les normes minimales prévues dans l'Accord sur les ADPIC soient suffisamment élevées, le gouvernement américain eut recours à une stratégie de coercition. D'une part, il exerça une vive pression sur certains pays importateurs de technologie en les menaçant de sanctions commerciales unilatérales. En effet, la mesure *Special 301 de l'Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 demande au USTR de dresser, sur une base annuelle, une liste de pays dont les législations, les politiques ou les pratiques ont le plus de conséquences négatives sur les propriétés intellectuelles américaines¹⁴. Les pays figurant sur la *Priority Watch List* sont alors contraints de parvenir à un accord avec les États-Unis sous peine de représailles unilatérales¹⁵. D'autre part, les États-Unis ont fait miroiter des sanctions positives, comme la réduction des tarifs douaniers américains aux pays qui acceptaient des normes minimales de propriété intellectuelle¹⁶. Tel que souligné par plusieurs auteurs, cette stratégie « de la carotte et du bâton » s'est révélée un précieux outil de négociation dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC¹⁷.

11. Robert M. SHERWOOD et Carlos A. PRIMO BRAGA, *Intellectual Property, Trade, and Economic Development. A Road Map for the FTAA Negotiations*, Florida, The University of Miami North-South Center, 1996, p. 4.

12. J. BRAITHWAITE et P. DRAHOS, *op. cit.*, p. 570.

13. Marney CHEEK, « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs. A Review of the Global Intellectual Property Regime », *George Washington International Law Review*, vol. 33, 2001, p. 291.

14. *Omnibus Trade and Competitiveness Act 1988*, section 1303.

15. Tel que prévu à la section 301 du *Trade Act* de 1974.

16. Voir, par exemple, l'*Andean Trade Preference Act* de 1991, section 3201.

17. Michael RYAN, *Knowledge Diplomacy. Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, p. 92 ; Susan K. SELL, « Intellectual Property Protection... », *op. cit.*, pp. 323-332 ; Peter DRAHOS et John BRAITHWAITE, *Information Feudalism*, New York, New Press, 2003, pp. 10-13.

L'Accord sur les ADPIC de l'OMC a effectivement permis de diffuser des normes minimales élevées de propriété intellectuelle à travers les membres de l'OMC. Par exemple, l'article 27(1) précise qu'un brevet peut être obtenu pour une invention sans discrimination quant au domaine technologique alors que, à la veille de l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC, de nombreux pays excluaient encore les produits pharmaceutiques et biotechnologiques de la brevetabilité. Plusieurs analystes ont ainsi conclu que cet accord devenait la nouvelle frontière en matière de propriété intellectuelle¹⁸.

B — Le déclin du rapport de force américain à l'OMC

Plusieurs pays importateurs de technologie espéraient qu'avec l'entrée en vigueur des accords de l'OMC, les États-Unis recourraient au processus multilatéral de règlement des différends plutôt qu'à des sanctions unilatérales¹⁹. Encore aujourd'hui, l'OMC justifie ses actions par les avantages que confèrent les relations multilatérales par rapport aux relations bilatérales²⁰.

Toutefois, aux yeux des Américains, le forum de l'OMC s'avère insuffisant pour assurer la protection de leurs droits de propriété intellectuelle à l'étranger. En effet, plusieurs pays importateurs de technologie ne se sont toujours pas conformés à l'Accord sur les ADPIC, bien que la période transitoire soit échue depuis l'an 2000. Ce problème est tel que l'avocat Charles Levy, lobbyiste pour *Intellectual Property Committee*, s'inquiète de ses effets sur la crédibilité du système de l'OMC lui-même²¹. Ce défi à la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC illustre bien les gains en puissance relative des pays importateurs de technologie par rapport aux États-Unis dans le forum de l'OMC depuis la conclusion du cycle de l'Uruguay. Le déclin du rapport de force américain s'explique par une meilleure organisation des pays importateurs de technologie, par la vive contestation des organisations de la société civile et par les limites du mécanisme de règlement des différends.

Bien qu'ils dominent toujours le régime des brevets, les États-Unis font face à des pays importateurs de technologie de plus en plus organisés et proactifs. Adrian Otten, directeur de la section sur les droits de propriété intellectuelle à l'OMC, a remarqué ce changement de la balance du pouvoir : « Je travaille à l'OMC et au GATT depuis plus de 25 ans et nous observons un nombre croissant de pays en développement influents et de coalitions de pays en développement

18. J.-A. GARI, *op. cit.*, p. 17.

19. L'article 23.2 a) du Mémorandum de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce stipule que « les membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation et que des avantages ont été annulés [...] si ce n'est en recourant au règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord ».

20. REUTERS, « Rise in Bilateral Trade Accords Worries WTO Chief », 19 février 2003.

21. Charles LEVY, « Implementing TRIPS. A Test of Political Will », *Law and Policy in International Business*, vol. 31, 2000, p. 789. Voir aussi Susan K. SELL, « Post-TRIPS Developments. The Tension Between Commercial and Social Agendas in the Context of Intellectual Property », *Florida Journal of International Law*, vol. 14, printemps 2002, p. 198.

devenir des membres actifs de l'OMC²². » Certains pays, comme l'Inde, le Brésil et, plus récemment, la Chine, sont conscients de représenter un marché important pour les États-Unis et ils exercent une influence croissante parmi les pays importateurs de technologie membres de l'OMC. De plus, la proportion de pays importateurs de technologie ne cesse de croître depuis la création de l'OMC²³. Ils semblent donc de mieux en mieux munis pour affronter les États-Unis.

Outre la force de négociation croissante des pays importateurs de technologie, on peut constater l'émergence de nouveaux acteurs privés transnationaux qui leur sont favorables. L'imposante campagne orchestrée par des organisations humanitaires, comme *Oxfam international*, *Public Citizen* et *Médecins sans frontières*, a exercé une forte pression politique sur les entreprises pharmaceutiques et sur les États-Unis pour qu'ils n'interprètent pas de façon stricte l'Accord sur les ADPIC²⁴. Cette campagne s'est soldée par certains succès : « La sympathie de l'opinion publique aux États-Unis et dans les autres pays occidentaux a été un facteur dans la déstabilisation du consensus que le monde des affaires a créé autour de l'Accord sur les ADPIC²⁵. » En avril 2001, les entreprises pharmaceutiques, particulièrement sensibles à un *boycott* commercial, ont elles-mêmes retiré leur plainte en Afrique du Sud à propos d'un projet de loi facilitant les procédures de licences obligatoires sur les brevets pharmaceutiques²⁶. Quelques semaines plus tard, les États-Unis ont retiré leur plainte à l'OMC sur la loi brésilienne en matière de brevets pharmaceutiques²⁷. Forte de ces succès, l'OMC se trouve de plus en plus sous les projecteurs d'organismes militants pour le développement durable des pays importateurs de technologie.

Sur le plan institutionnel, l'Organe de règlement des différends de l'OMC ne consolide pas nécessairement la position des Américains. Quelques mois après que les États-Unis ont déposé leur plainte contre la loi brésilienne, le Brésil a répliqué en présentant une demande de consultation à l'OMC sur le code des brevets américains qui comporterait « plusieurs éléments discriminatoires²⁸ ». Plus encore, l'article 23 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends stipule que « les membres ne détermineront pas qu'il y a eu violation et que des avantages ont été annulés [...] si ce n'est en recourant au

22. Présentation de Adrian OTTEN, director of the IPR division of the WTO, Session 8, « International Institutions, Rules and Practices and Capacity Building », Commission on Intellectual Property Rights, Conference *How Intellectual Property Rights Could Work Better for Developing Countries and Poor People*, London, The Royal Society, 21-22 février 2002.

23. Tous les pays ayant adhéré à l'OMC depuis 1996 sont des pays en développement.

24. Ellen't HOEN, « Public Health and International Law. TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines. A Long Way from Seattle to Doha », *Chicago Journal of International Law*, vol. 3, printemps 2002, pp. 27-46.

25. J. BRAITHWAITE et P. DRAHOS, *op. cit.*, p. 576. Traduction libre de l'auteur.

26. E. HOEN, *op. cit.* ; S.K. SELL, « TRIPS and the Access... », *op. cit.*

27. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, « Brésil. Mesures affectant la protection conférée par un brevet. Notification de la solution convenue d'un commun accord », *GL/454 IP/D/23/Add.1 WT/DS199/4*, 19 juillet 2001.

28. *WT/DS224/1 GL/437 IP/D/24 G/TRIMS/D/18*, 7 février 2001.

règlement des différends conformément aux règles et procédures du présent mémorandum d'accord²⁹. Forte de cette disposition, l'Union européenne a tenté de contester la loi américaine devant un groupe spécial en alléguant que le *Special 301* menaçait la sécurité et la prévisibilité des accords de l'OMC. Bien que le groupe spécial ait donné raison aux États-Unis en concluant que le USTR n'a pas, dans les faits, contrevenu à ses engagements, il doit dorénavant attendre une décision de l'Organe de règlement des différends avant d'appliquer des sanctions contre un autre membre de l'OMC³⁰. Ainsi, l'Organe de règlement des différends de l'OMC, auquel les États-Unis tenaient tant lors du cycle de l'Uruguay, mine paradoxalement la marge de manœuvre dont les Américains disposent pour assurer la protection de leurs droits de propriété intellectuelle à l'étranger.

La force relative des pays importateurs de technologie dans le régime des brevets a d'abord été constatée à la Conférence ministérielle de Seattle en 1999, mais elle a véritablement été consacrée à la Conférence ministérielle de 2001. À Doha, les membres de l'OMC se sont entendus sur une *Déclaration sur la Santé publique* qui reconnaît la flexibilité d'interprétation de l'Accord sur les ADPIC et qui prolonge jusqu'en 2016 la période transitoire pour les pays les moins avancés. Il s'agit d'une étape décisive dans les réclamations des pays importateurs de technologie et des organisations militantes³¹. Mais, à ce moment, les États-Unis avaient déjà développé une voie parallèle au forum multilatéral de l'OMC³².

C — Le nouveau bilatéralisme en propriété intellectuelle

Les États-Unis peuvent recourir à différentes voies pour contourner la résistance des pays importateurs de technologie au sein de l'OMC. Certains observateurs ont proposé de créer un forum international de médiation entre parties privées³³. D'autres observateurs ont proposé de poursuivre les négociations entre pays exportateurs de technologie au sein de l'OCDE³⁴. Cette stratégie de

29. Article 23.2 a) du Mémorandum de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce.

30. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, « United States. Sections 301-310 of the Trade Act of 1974. Panel Report. Action by the Dispute Settlement Body » WT/DS152/14, 28 février 2000.

31. Ces succès pour les pays importateurs de technologie ne sont, selon certains, qu'une apparence trompeuse, www.focusweb.org/publications/Books/power-politics-in-the-wto.pdf, consulté le 20 mai 2003.

32. Les accords bilatéraux sur la propriété intellectuelle sont bien antérieurs à l'Accord sur les ADPIC. Par exemple, dès août 1986, les États-Unis et la Corée ont conclu un accord prévoyant que la loi coréenne devait être amendée pour permettre l'octroi de brevets sur les produits chimiques et pharmaceutiques. Article B(1) du *Record of Understanding on Intellectual Property Rights Between Korea and United States*.

33. J.H. REICHMAN et David LANGE, « Bargaining around the TRIPS Agreement. The Case for Ongoing Public-private Initiatives to Facilitate Worldwide Intellectual Property Transactions », *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 9, 1999, p. 16.

34. Sylvia OSTRY, « The Place of Intellectual Property Rights in the Evolution of Innovation Policy », *Global Rivalry and Intellectual Property*, Murray Smith (dir.), Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991, p. 57.

forum shifting vers l'OCDE avait déjà été tentée, sans succès, lors des négociations sur l'*Accord multilatéral sur l'investissement* (AMI). Mais un accord stipulant des normes plus élevées de propriété intellectuelle entre les membres de l'OCDE ne permettrait pas de résoudre le problème de la faible protection des droits de propriété intellectuelle dans les pays importateurs de technologie. De plus, rien ne laisse croire que ces derniers souhaiteront adhérer à un accord sur le droit des brevets négocié et conclu par les membres de l'OCDE.

Les États-Unis ont préféré une troisième possibilité : suivre la voie bilatérale pour exporter le droit américain des brevets vers les pays importateurs de technologie³⁵. C'est d'ailleurs la même solution qui a été retenue après l'échec de l'AMI pour protéger les investissements étrangers dans les pays importateurs de capitaux³⁶.

La voie bilatérale offre deux principaux avantages aux États-Unis dans leurs relations avec les pays importateurs de technologie. Premièrement, les accords bilatéraux attirent moins l'attention médiatique et ils sont moins fréquemment l'objet des campagnes d'organisations militantes. Le bilatéralisme peut même sembler plus légitime puisqu'il apparaît comme étant « le résultat d'une volonté affirmée par les parties contractantes, découlant donc de leur souveraineté³⁷ ».

Cette apparence de légitimité masque le deuxième avantage de la voie bilatérale, soit le rapport de force asymétrique qu'elle offre aux États-Unis face à une partie qui ne peut se retrancher derrière une coalition de pays importateurs de technologie. Robert Kagan a bien démontré, dans son récent article *Power and Weakness*, que les grandes puissances tirent généralement plus d'avantages de la voie bilatérale que de la voie multilatérale³⁸. Ces grandes puissances jouissent d'un marché intérieur duquel dépendent presque tous leurs partenaires commerciaux³⁹. Dans leurs relations bilatérales, elles peuvent pleinement utiliser cette force économique puisque leurs partenaires commerciaux n'ont pas la possibilité de s'associer dans une coalition. Dès lors, les deux principaux avantages de la voie bilatérale, c'est-à-dire sa discrétion et la puissance relative offerte aux États-Unis, pallient les contestations croissantes et la montée en puissance des pays importateurs de technologie que l'on observe dans le système multilatéral de l'OMC.

35. Le plan stratégique du bureau du USTR pour 1997-2002 souligne l'avantage que représente la voie bilatérale : « We recognize that certain problems can only be addressed effectively, and with a degree of specificity, on a bilateral basis ». Office of the United States Trade Representative « USTR Strategic Plan FY 1997- FY 2002 », 30 septembre 1997, p. 26.

36. Andrew T. GUZMAN, « Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them. Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties », *Virginia Journal of International Law*, vol. 15, 1998, pp. 639-688.

37. Bertrand BADIE, *L'État importé. Essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard, 1992, p. 108.

38. Robert KAGAN, « Power and Weakness. Why the United States and Europe See the World Differently », *Policy Review*, n° 113, juin/juillet 2002.

39. Le solde commercial négatif des États-Unis était de 450 milliards en 2001. www.wto.org/english/res_e/statis_e/its2002_e/section1_e/i06.xls, consulté le 14 mai 2003.

Corpus d'accords bilatéraux

Accords	Signature
Agreement on Trade Relations Between the Republic of Albania and the United States of America	14 mai 1992
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Armenia	2 avril 1992
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Azerbaijan	12 avril 1993
Belarus Trade Relations Agreement	16 février 1993
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Bulgaria	22 avril 1991
Agreement Between the United States of America and the Kingdom of Cambodia on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection	4 octobre 1996
Chile – United States Free Trade Agreement	6 juin 2003
People's Republic of China Implementation of the 1995 Intellectual Property Rights Agreement	17 juin 1996
Memorandum of Understanding Between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America on the Protection of Intellectual Property	17 janvier 1992
People's Republic of China Intellectual Property Rights Memorandum of Understanding 1995 Action Plan	26 février 1995
Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of the Czechoslovak Federative Republic	12 avril 1990
Agreement Between the United States of America and the Government of Ecuador Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights	1993
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Georgia	1 ^{er} mars 1993
Agreement on Intellectual Property Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Hungary	24 septembre 1993
Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica	février 1994
Agreement Between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area	24 octobre 2000
Memorandum of Understanding on Issues Related to the Protection of Intellectual Property Rights Under the Agreement Between the United States and Jordan	24 octobre 2000
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Kazakhstan	19 mai 1992
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Kyrgyzstan	8 mai 1992

Accords	Signature
Agreement Between the United States of America and the Laos People Democratic Republic on Trade Relations	1997
Agreement Between the United States of America and the Republic of Latvia on the Relation and Intellectual Property Rights Protection	6 juillet 1994
Agreement Between the United States of America and the Republic of Lithuania on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection	26 avril 1994
The United States of America and the Republic of Moldova Agreement on Trade Relations	1 ^{er} juin 1992
Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of the Mongolian People's Republic	23 janvier 1991
Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning Protection of Intellectual Property Rights	7 janvier 1998
Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights	17 novembre 1998
Memorandum of Understanding Between the United States of America and the Republic of Peru	23 mai 1997
Understanding Between the Government of the Republic of the Philippines and the Government of the United States of America Regarding the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights	6 avril 1993
Treaty Between the United States of America and the Republic of Poland Concerning Business and Economic Relations	21 mars 1990
Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Government of Romania	3 avril 1992
Agreement on Trade Relations Between the United States and Russia	17 juin 1992
United States Singapore Free Trade Agreement	6 mai 2003
Agreement on the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the United States of America and the Democratic Socialist Republic of Sri Lanka	20 septembre 1991
Understanding Between the Coordination Council for North American Affairs and the American Institute in Taiwan	5 juin 1992
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Tajikistan	1993
Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of Trinidad and Tobago Concerning Protection of Intellectual Property Rights	26 septembre 1994
Agreement on Trade Relations Between the United States of America and the Republic of Turkmenistan	23 mars 1993
Agreement on Trade Relations Between the Government of the United States of America and the Republic of Uzbekistan	5 novembre 1993
Agreement Between the United States of America and the Socialist Republic of Vietnam on Trade Relations	13 juillet 2000

Le secteur privé, qui avait proposé, lors du cycle de l'Uruguay, d'inclure la propriété intellectuelle dans le forum multilatéral commercial de l'OMC, est aujourd'hui de plus en plus favorable à l'utilisation de la voie bilatérale. Ainsi, le *Pacific Council on International Policy*, un centre de recherche près du milieu des affaires, a recommandé au gouvernement américain d'utiliser les accords bilatéraux pour accroître sa force de négociation et « réagir plus promptement par des sanctions commerciales⁴⁰ ».

Dans leurs stratégies bilatérales, les États-Unis jouissent également de l'appui de quelques organisations privées, comme l'*Indian Federation Against Software Theft* et la *National Federation of Industries Republic of China*, qui se trouvent dans les pays importateurs de technologie. Les États-Unis ont même encouragé la formation, dans les pays importateurs de technologie, d'associations privées favorables à l'établissement de normes rigoureuses de propriété intellectuelle. Par exemple, l'*Association africaine pour le commerce des semences* (AFSTA) a été fondée en 1999 lors d'une réunion organisée par la Fédération internationale du commerce des semences, l'Association américaine du commerce des semences et le ministère de l'Agriculture américain⁴¹. Les États-Unis ont donc utilisé ces réseaux d'entreprises, tant aux États-Unis qu'à l'étranger, pour soutenir leurs initiatives bilatérales⁴².

Fort de l'appui du secteur privé, le gouvernement américain a utilisé une stratégie de coercition similaire à celle qui a marqué la venue de l'Accord sur les ADPIC, soit la stratégie « de la carotte et du bâton ». La juriste Alisa Wrase considère que ce recours à la coercition est pleinement justifié et devrait être encore plus utilisé que lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC :

Mettre de la pression sur les pays étrangers pour qu'ils respectent les normes de propriété intellectuelle adoptées par les communautés internationales n'est pas acte monstrueux ni un phénomène récent. Sans cela, les pays étrangers seraient laissés impunis de leur crime de propriété intellectuelle⁴³.

Le bureau du USTR précise lui-même que ses principaux outils de négociation en matière de propriété intellectuelle sont, du côté des sanctions négatives, le *Special 301*, alors que du côté des sanctions positives, il se sert du système généralisé de préférence, des accords de science et technologie, des accords bilatéraux d'investissement et de l'assistance technique⁴⁴.

40. Jonathan D. ARONSON *et al.*, *Protecting International Intellectual Property*, Los Angeles, Pacific Council on International Policy, 1998, p. 14.

41. www.siu.edu/~aiard/Proceedings99.html, consulté le 20 mai 2003 et www.grain.org/fr/publications/africa-ipr-2002-fr.cfm, consulté le 20 mai 2003.

42. Marney Cheek a démontré que le gouvernement américain a tenté de s'allier une communauté de spécialistes de la propriété intellectuelle, « a transgovernmental network in intellectual property », pour soutenir ses initiatives bilatérales, M. CHEEK, *op. cit.*

43. Alisa M. WRASE, « US Bilateral Agreements and the Protection of Intellectual Property Rights in Foreign Countries. Effective for US Intellectual Property Interests or a Way Out of Addressing the Issue ? », *Dickinson Journal of International Law*, automne 2000, n° 19, p. 267. Traduction libre.

44. www.ustr.gov/sectors/ustrwork.shtml, consulté le 17 mai 2003.

D'une part, les États-Unis offrent des incitatifs positifs aux signataires d'accords bilatéraux de propriété intellectuelle. En analysant le cas nicaraguayen, Peter Drahos a constaté que l'accord bilatéral sur l'investissement que le Nicaragua voulait conclure avec les États-Unis a été conditionnel à la signature d'un accord sur la propriété intellectuelle⁴⁵. En fait, selon nos estimations, parmi les vingt-huit pays qui ont signé à la fois un accord bilatéral sur l'investissement et un accord bilatéral sur la propriété intellectuelle avec les États-Unis, vingt-quatre ont conclu un accord sur la propriété intellectuelle avant d'obtenir un accord sur l'investissement⁴⁶.

D'autre part, le *Special 301*, ultime « bâton » américain, a été amendé après la conclusion des accords de l'OMC afin de préciser que, même si un pays se trouvait en conformité avec l'Accord sur les ADPIC, il pouvait figurer sur la *Priority Watch List*⁴⁷. Lorsqu'un pays se trouve sur cette liste, il est, comme nous l'avons souligné précédemment, menacé de sanction économique ou, depuis la conclusion du cycle de l'Uruguay, susceptible de faire l'objet de procédures devant l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Pour certains pays, la mauvaise publicité que reçoivent les pays figurant sur la *Priority Watch List* est suffisante pour qu'ils acceptent de signer un accord bilatéral⁴⁸. Dès lors, plusieurs pays ont signé des accords bilatéraux afin d'être retirés de la *Priority Watch List*⁴⁹. D'ailleurs, la fin des procédures du *Special 301* est souvent conditionnelle à la signature d'un accord bilatéral. Ainsi, un mémorandum d'entente sur la propriété intellectuelle signé entre le Paraguay et les États-Unis précise : « En tenant compte de ce qui précède, le gouvernement des États-Unis doit, à la signature du Mémorandum d'accord, mettre un terme à l'enquête menée sous la procédure du « spécial 301 » sur les actes, les politiques et les pratiques du gouvernement du Paraguay⁵⁰. »

Cette stratégie de coercition est toutefois moins efficace avec des pays qui, comme la Chine, ont eux aussi un marché intérieur convoité. Lorsque les États-Unis ont tenté d'imposer des sanctions commerciales à la Chine en raison de la faible protection accordée aux droits de propriété intellectuelle, le président de l'Assemblée populaire de Chine, Li Peng, a décidé d'offrir un contrat de

45. Peter DRAHOS, *Bilateralism in Intellectual Property*, Oxfam Policy Paper, n° 10, décembre 2001, pp. 2-3.

46. *Ibid.*, p. 10 ; www.state.gov/www/issues/economic/bit_treaty.html, consulté le 20 mai 2003 ; <http://www.cptech.org/ip/health/c/agreements>, consulté le 20 mai 2003 ; www.tcc.mac.doc.gov/cgi-bin/doi.cgi?205:64:255479571, consulté le 20 mai 2003 ; www.iipa.com/pdf/2002SPEC301USTRHISTORY.pdf, consulté le 20 mai 2003.

47. Nadia Natasha SEERATAN, « The Negative Impact of Intellectual Property Patent Rights on Developing Countries. An Examination of the Indian Pharmaceutical Industry », *St. Mary's Law Review on Minority Issues*, vol. 3, printemps 2001, p. 357.

48. A.M. WRASE, *op. cit.*, p. 254.

49. P. DRAHOS, *Bilateralism...*, *op. cit.*, p. 2.

50. Article ix(c) *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights*, signé le 17 novembre 1998.

1,5 milliard de dollars à *Airbus* plutôt qu'à *Boeing*⁵¹. Cet exemple illustre bien les écueils d'une analyse qui confond les pays importateurs de technologie dans un bloc homogène. Bien entendu, ce bloc n'est pas monolithique et les nuances sont importantes. Mais on peut affirmer sans crainte que la voie bilatérale offre de précieux avantages aux États-Unis dans leurs négociations avec la majorité des pays importateurs de technologie.

Les accords bilatéraux permettent donc aux États-Unis de faire évoluer le droit international des brevets à l'extérieur du forum de l'OMC, qui connaît une émergence de la force relative des pays importateurs de technologie et qui se trouve de plus en plus sous les projecteurs des organisations activistes. Mais la fonction et les effets de ces accords bilatéraux sur le régime international des brevets sont incertains. Serviront-ils d'outils de négociation pour le nouveau cycle du développement comme les sanctions unilatérales ont été utilisées lors du cycle de l'Uruguay ? Il est en effet possible que les accords bilatéraux soient utilisés, dans le cadre de négociations multilatérales, « comme levier de la libéralisation des échanges, comme mécanisme de cliquet pour relever toujours plus haut les normes internationales et comme instrument de verrouillage des politiques économiques des pays concernés⁵² ». Par ailleurs, les accords bilatéraux peuvent, comme le craint l'ancien directeur général de l'OMC, Mike Moore, miner les efforts et la crédibilité des organisations multilatérales⁵³. Sans entrer de plein front dans ce débat polarisé, nous démontrerons, dans la prochaine section, que les accords bilatéraux permettent d'atteindre plus directement les pays importateurs de technologie. Sans nécessairement consolider ou discréditer l'OMC, les accords bilatéraux pallient, du point de vue américain, certaines lacunes du système multilatéral.

II – L'extension géographique du droit des brevets par les accords bilatéraux

L'Accord sur les ADPIC a permis de diffuser des normes élevées de propriété intellectuelle au sein des membres de l'OMC. Les accords bilatéraux, qui n'ont jamais cessé d'être conclus, prennent maintenant le relais au front du régime international des brevets. Ils permettent d'atteindre des pays qui serviront ensuite d'alliés régionaux, des pays avec lesquels la voie bilatérale est préférable au mécanisme multilatéral de règlement des différends ou des pays qui ne sont pas soumis aux normes de l'Accord sur les ADPIC.

51. Peter K. Yu, « From Pirates to Partners. Protecting Intellectual Property in China in the Twenty-First Century », *The American University Law Review*, vol. 50, octobre 2000, p. 168 ; A.M. WRASE, *op. cit.*, p. 265.

52. Christian DEBLOK, « La politique commerciale des États-Unis. À quoi pouvons-nous nous attendre ? », *Note de recherche du Groupe de recherche en économie et sécurité*, vol. 2, n° 10, décembre 2000, p. 9.

53. Frances WILLIAMS, « WTO Director-general Warns on Global Trading », *Financial Times*, 9 octobre 2001.

A — Des alliés régionaux

Avec la force de négociation que confère la voie bilatérale, les États-Unis espèrent modeler le régime international des brevets sur leur propre modèle. Cette proposition a notamment été faite par la *Biotechnology Industry Organization* : « Le système américain de propriété intellectuelle est le meilleur au monde et BIO réclame l'établissement de normes internationales comparables à celles qui prévalent aux États-Unis⁵⁴. » De même, le *Trade Promotion Authority*, qui guide les négociations commerciales du gouvernement américain, prévoit que les dispositions de tout accord sur la propriété intellectuelle doivent refléter un niveau de protection similaire à celui qui est prévu dans la législation américaine⁵⁵.

La géopolitique des accords bilatéraux de propriété intellectuelle démontre une réelle volonté d'exporter tous azimuts le droit américain des brevets. Après tout, tous les pays du monde importent des produits américains ou concurrencent les entreprises américaines sur des marchés tiers. Dès lors, il semble que les États-Unis aient tenté de créer des pôles de normes élevées de propriété intellectuelle dans les différentes régions économiques du monde. Par exemple, les trois dernières initiatives de libre-échange des États-Unis, qui prévoient un chapitre sur la propriété intellectuelle, ciblent, sans doute sciemment, trois régions différentes : le Moyen-Orient avec l'accord jordanien, l'Asie du Sud-Est avec l'accord singapourien et l'Amérique latine avec l'accord chilien.

De même, depuis le premier *Sommet des Amériques* en 1994 et le lancement du projet de *Zone de libre-échange des Amériques* (ZLEA), les États-Unis ont atteint, par le biais d'accords bilatéraux, au moins un pays de chacune des quatre unions douanières des Amériques, soit la Communauté andine, le Mercosur, le Marché commun de l'Amérique centrale et le Caricom⁵⁶. Il n'est pas exclu que la stratégie commerciale américaine prévoie que ces pôles serviront ensuite de modèles exemplaires à leurs voisins ou d'alliés dans le cadre de négociations régionales ou multilatérales.

Le choix des cosignataires des accords bilatéraux américains doit également être mis en contexte avec les projets régionaux des autres pays du G7⁵⁷. On peut

54. www.bio.org/ip/global/20030129.pdf, consulté le 11 mai 2003.

55. *Trade Act of 2002*, Section 2102 b(4)a)i)ii).

56. *Memorandum of Understanding between the United States of America and the Republic of Peru*, signé le 23 mai 1997 ; *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights*, signé le 17 novembre 1998 ; *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning Protection of Intellectual Property Rights*, signé le 7 janvier 1998 ; *Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica*, signé en février 1994.

57. Christian DEBLOCK, « La Politique commerciale des États-Unis et les accords de libre-échange. Du régionalisme ouvert aux alliances commerciales. Le cas du Maroc », conférence prononcée dans le cadre du colloque *L'accord de libre-échange Maroc/États-Unis. Éléments d'un débat national*, Rabat, 1^{er} mars 2003, p. 14.

supposer que la conclusion d'accords avec le Vietnam et Singapour vise, entre autres, à interférer avec les éventuels projets régionaux de la Chine et du Japon. De même, l'accord avec la Jordanie et le projet d'accord avec le Maroc démontrent que les États-Unis ne veulent pas abandonner le bassin méditerranéen à l'Union européenne. La multiplication d'accords dans les différentes régions du monde permet de promouvoir le modèle américain de libéralisation des échanges, incluant des normes de propriété intellectuelle inspirées de la législation américaine, en concurrence avec les modèles européen et asiatique.

En somme, les efforts américains pour niveler par le haut les normes de propriété intellectuelle chez leurs partenaires commerciaux semblent avoir emprunté une stratégie basée sur des pôles régionaux. Ce premier constat explique en partie pourquoi les pays avec lesquels les États-Unis ont signé un accord bilatéral ne sont pas leurs principaux partenaires commerciaux. Mais, comme nous le verrons dans la prochaine sous-section, le choix des pays avec lesquels un accord bilatéral est conclu est motivé également par d'autres considérations.

B — Une alternative au règlement des différends

On peut discerner deux catégories de pays avec lesquels les États-Unis préfèrent recourir au mécanisme de règlement des différends de l'OMC plutôt qu'aux accords bilatéraux pour exercer une pression à la hausse sur leurs normes de propriété intellectuelle. D'abord, les États-Unis n'ont signé aucun accord bilatéral sur la propriété intellectuelle avec un pays industrialisé. Les pays d'Europe de l'Ouest et d'Océanie ont, de toute façon, une législation sur les brevets relativement similaire à celle des États-Unis. La deuxième catégorie de pays avec lesquels les États-Unis utilisent l'Organe de règlement des différends de l'OMC plutôt que la voie bilatérale est composée de pays qui connaissent un certain développement technologique et qui sont connus pour menacer les propriétés intellectuelles américaines, comme l'Argentine et le Brésil⁵⁸. Toutes les demandes de consultations déposées à l'OMC par les États-Unis à propos du respect de l'Accord sur les ADPIC, à l'exception de celle contre le Pakistan, concernent un pays de l'une ou l'autre de ces deux catégories. Les États-Unis ont ainsi déposé des demandes de consultation avec le Brésil, l'Argentine, le Canada, l'Irlande, le Danemark, les communautés européennes, la Grèce, la Suède, le Portugal et le Japon. Il est probable que le gouvernement américain ait estimé que ces pays, voulant protéger leurs industries technologiques, refuseraient de conclure un accord bilatéral fixant des normes plus élevées que celles déjà prévues dans l'Accord sur les ADPIC. Par ailleurs, le gouvernement

58. La Chine qui, jusqu'à récemment, n'était pas membre de l'OMC, est un des seuls pays qui a une certaine industrie technologique et qui est connu pour sa contrefaçon massive de propriétés intellectuelles avec lequel les États-Unis ont utilisé les accords bilatéraux plutôt que le mécanisme de règlement des différends de l'OMC. L'adhésion de la Chine aux accords de l'OMC permettra aux Américains d'utiliser dorénavant le mécanisme de règlement des différends comme levier du droit des brevets chinois.

américain ne pouvait demeurer inactif en raison de l'importance des marchés que représentent ces pays.

Les pays qui figurent sur la liste des pays les moins avancés des Nations Unies constituent une troisième catégorie de pays avec lesquels les États-Unis n'ont pas signé d'accord bilatéraux⁵⁹. Mais, contrairement aux pays des deux premières catégories, les États-Unis n'ont pas engagé de procédures de règlement des différends à l'OMC sur des questions de propriété intellectuelle contre ces pays moins avancés. Ils disposent souvent d'une industrie technologique trop peu développée pour contrefaire les dernières inventions américaines ou pour menacer sérieusement les exportations américaines. En considérant les coûts élevés qu'entraîne la négociation d'un accord commercial et les minces bénéfices que cet accord peut apporter lorsqu'il est conclu avec un des pays les moins avancés, l'aide technique au commerce représente sans doute une option plus intéressante pour rehausser leurs normes de propriété intellectuelle⁶⁰.

La grande majorité des pays avec lesquels les États-Unis ont signé un accord bilatéral sur la propriété intellectuelle représente une force économique à la fois insuffisante pour tenir tête à la puissance américaine et assez significative pour affecter les exportations américaines de licences et de produits brevetés. Ainsi, les États-Unis ont principalement conclu des accords bilatéraux sur la propriété intellectuelle avec des pays classifiés par la Banque mondiale comme ayant un revenu intermédiaire, c'est-à-dire un produit national brut (PNB) par habitant entre 746 et 9 205 dollars⁶¹. Ils ont, par exemple, signé des accords bilatéraux avec le Pérou, la Jamaïque et avec la Hongrie. Les économies de ces pays sont suffisamment limitées pour céder à la stratégie « de la carotte et du bâton », mais suffisamment industrialisées pour représenter une menace aux exportations américaines.

La plupart de ces pays à revenu intermédiaire n'ont jamais eu à faire face à un règlement des différends dans le cadre de l'OMC à propos de l'Accord sur les ADPIC. Ce recours peut sembler, aux yeux des Américains, trop exigeant en ressources pour les bénéfices qu'il peut apporter. Sans compter que les organisations militantes, de plus en plus actives dans le régime international des brevets, décrieraient féroce­ment l'abus de pouvoir que symboliserait l'application de sanctions économiques par les États-Unis, avec le consentement de l'OMC, sur l'économie fragile d'un pays en développement.

C — Atteindre les pays en marge du régime international des brevets

En plus de créer des pôles régionaux et de rejoindre les pays à revenu intermédiaire, les accords bilatéraux permettent également d'intégrer dans le

59. Nous n'avons identifié qu'un seul accord signé avec un pays moins avancé. *Agreement Between the United States of America and the Kingdom of Cambodia on Trade Relations and Intellectual Property Rights Protection*, signé le 4 octobre 1996.

60. www.grain.org/fr/publications/africa-ipr-2002-fr.cfm, consulté le 21 mai 2003.

61. www.worldbank.org/data/countryclass/countryclass.html, consulté le 19 mai 2003.

régime international des brevets les pays qui ne sont pas soumis à toutes les obligations prévues dans l'Accord sur les ADPIC. Ces pays peuvent être divisés en deux groupes, soit ceux qui ne sont pas membres de l'OMC et ceux qui profitent de périodes dérogatoires.

En atteignant les pays qui ne sont pas membres de l'OMC, les accords bilatéraux complètent et poursuivent la diffusion de normes minimales élevées de propriété intellectuelle que l'Accord sur les ADPIC a entamée. En effet, les États-Unis ont conclu, depuis 1994, une dizaine d'accords bilatéraux avec des pays qui n'étaient pas membres de l'OMC au moment de la signature⁶². La majorité de ces accords reprennent l'article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC et imposent la brevetabilité des inventions dans tous les domaines technologiques. Ces pays, qui n'étaient pas membres de l'OMC, devaient donc, en fin de compte, respecter les mêmes dispositions de propriété intellectuelle que ceux qui en étaient membres. Bien que la majorité des pays avec lesquels les États-Unis ont signé un accord soient par la suite devenus membres de l'OMC, plusieurs, comme le Vietnam et le Laos, ne le sont toujours pas.

Les efforts pour intégrer les pays qui ne sont pas membres de l'OMC dans le régime international des brevets ont été particulièrement intenses dans certaines régions du monde. Ainsi, après la désintégration de l'URSS et jusqu'en 1994, les États-Unis se sont empressés d'orienter les pays qui s'ouvraient aux échanges internationaux et à la propriété privée vers un régime occidental de propriété intellectuelle, inspiré par le modèle législatif américain⁶³. Près de la moitié des pays que nous avons identifiés comme signataires d'un accord bilatéral avec les États-Unis depuis le début de l'*Uruguay Round*, en 1986, sont des pays d'Europe de l'Est ou de l'ex-URSS.

La Chine a également été l'objet de vives préoccupations de la part des autorités américaines. Comme nous l'avons mentionné précédemment, au moins quatre accords bilatéraux ont été signés pour rehausser les normes chinoises de propriété intellectuelle. Bien que la contrefaçon chinoise soit toujours importante, ces accords ont permis d'amender la législation de la Chine avant son entrée à l'OMC pour prolonger la durée de protection des brevets jusqu'à 20 ans, permettre le brevetage des produits pharmaceutiques et restreindre les possibilités de recours aux licences obligatoires⁶⁴. Par ailleurs, l'espoir d'accéder ultimement à l'OMC a certainement motivé les anciennes républiques soviétiques et la Chine à accepter de conclure des accords bilatéraux avec les États-Unis⁶⁵.

62. Ces accords sont ceux qui ont été signés avec le Cambodge, la Chine, la Jamaïque, la Lettonie, le Laos, la Lituanie, le Nicaragua, le Panama, le Pérou et le Vietnam.

63. À la chute de l'URSS, les pays de l'Est et les anciennes républiques soviétiques avaient un régime de propriété intellectuelle particulier, qui protégeait peu les droits d'auteurs et les brevets, et qui irritait depuis longtemps les États-Unis.

64. P.K. Yu, *op. cit.*, p. 142.

65. Andy Y. SUN, « From Pirate King to Jungle King. Transformation of Taiwan's Intellectual Property Protection », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 9, automne 1998, p. 169 ; Chengfei DING, « The Protection for New Plant Varieties of American Businesses in China after China Enters the WTO », *Drake Journal of Agricultural Law*, vol. 6, automne 2001, p. 333.

Les accords bilatéraux de propriété intellectuelle permettent non seulement de rejoindre les pays qui ne sont pas membres de l'OMC mais aussi, et peut-être surtout, ceux qui bénéficient de périodes transitoires. En effet, l'article 65 de l'Accord sur les ADPIC, en vigueur depuis 1995, prévoit des périodes transitoires qui s'étendent jusqu'au 1^{er} janvier 2000 pour les pays en développement et jusqu'au 1^{er} janvier 2006 pour les pays les moins avancés. La *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, adoptée à la *Conférence de Doha* en novembre 2001, prolonge cette période transitoire jusqu'en 2016 pour les produits pharmaceutiques.

Les périodes transitoires représentent, aux yeux des États-Unis, un délai supplémentaire pour le respect de leurs droits de propriété intellectuelle. Plus encore, les périodes transitoires menacent, comme le craint Owen Lippert, directeur de recherche au Fraser Institute, l'application ultérieure de l'Accord sur les ADPIC :

Les longues périodes transitoires de l'Accord sur les ADPIC ont probablement incité des chefs de gouvernement à retarder sa mise en œuvre. Pourquoi s'en préoccuper si les délais permettent de léguer ce travail à un successeur potentiel? Les longues périodes transitoires soulèvent également la possibilité que les gouvernements subséquents, qui n'ont jamais signé l'accord original, ne se considèrent pas liés à celui-ci au même degré que le gouvernement précédent. [...] Ces longues périodes transitoires conduisent à l'échec⁶⁶.

Ces craintes expliquent sans doute pourquoi le *Trade Promotion Authority* (TPA), obtenu à l'été 2002 par l'administration Bush, prévoit que les prochaines négociations commerciales devront assurer une mise en œuvre prompte et entière de l'Accord sur les ADPIC⁶⁷. Plusieurs accords bilatéraux semblent avoir un objectif similaire. Par exemple, l'*Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica* reprend intégralement les dispositions de l'Accord sur les ADPIC en matière de brevetabilité, mais prévoit que la Jamaïque doit procéder aux modifications législatives dès 1994 au lieu du 1^{er} janvier 2000, tel que le permet l'Accord sur les ADPIC⁶⁸. D'autres accords, comme celui signé en 1993 avec les Philippines, réfèrent directement à la version préliminaire de 1991 de l'Accord sur les ADPIC et imposent qu'il soit appliqué dès 1994, alors que l'Accord sur les ADPIC lui-même n'était pas encore entré en vigueur⁶⁹.

66. Owen LIPPERT, « One Trip to the Dentist is Enough. Reasons to Strengthen Intellectual Property Rights through the Free Trade Area of the Americas », *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, vol. 9, automne 1998, pp. 279-280. Traduction libre de l'auteur.

67. *Trade Act of 2002*, Section 2102 b)4)a)i)i).

68. *Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica*, signé en février 1994, article 17.

69. *Understanding Between the Government of the Republic of the Philippines and the Government of the United States of America Regarding the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, signé le 6 avril 1993, article III.

Depuis l'échéance des périodes dérogatoires pour les pays en développement en 2000, les dispositions des accords bilatéraux qui reprennent celles de l'Accord sur les ADPIC visent davantage à assurer son application qu'à accélérer sa mise en œuvre⁷⁰. On peut également lancer l'hypothèse que les États-Unis réorienteront leurs accords bilatéraux, du moins partiellement, vers les pays les moins avancés qui, contrairement aux autres pays en développement, bénéficient toujours de périodes dérogatoires.

III – L'extension de la brevetabilité par les accords bilatéraux

L'intensification des échanges internationaux et le développement des techniques sont les deux principaux moteurs du régime international des brevets. En effet, alors que l'extension géographique du droit des brevets suit les courants du commerce international, l'extension de la brevetabilité évolue au rythme des progrès techniques et scientifiques.

Les droits de propriété intellectuelle ont la particularité de s'adapter et de se transformer à travers le temps. Auparavant, le concept de propriété, particulièrement adapté à la propriété foncière, avait des limites clairement définies. Mais, comme l'explique Marie-Angèle Hermitte, la propriété appliquée aux créations immatérielles devient un concept mou :

L'idée de propriété devient inadéquate, on entre dans l'ère du marché et de l'investissement technologique. Dès lors on abandonne la catégorie juridique dure, bien délimitée, polie par les ans, et on construit cette nouvelle catégorie du marché dont on n'aperçoit pas les limites, ce qui explique l'extension du champ de la brevetabilité, puisque tout ce qui est susceptible de créer un marché devient finalement appropriable⁷¹.

L'importance d'adapter les droits de propriété intellectuelle aux développements technologiques se serait accrue au cours des dernières décennies, lorsque les produits de haute valeur ajoutée ont pris une part croissante de l'économie américaine⁷². Le professeur René Côté a bien démontré que les États-Unis ont, depuis les années 60, adapté leur droit de propriété intellectuelle au développement des programmes d'ordinateurs et des micro-plaquettes⁷³. Aujourd'hui, les États-Unis, soucieux de demeurer les premiers investisseurs mondiaux dans la recherche et le développement, continuent d'étendre le

70. Les périodes dérogatoires pour les pays les moins avancés ne sont toujours pas échues. On pourrait donc envisager que les États-Unis multiplieront les accords bilatéraux sur la propriété intellectuelle avec les pays les moins avancés.

71. Marie-Angèle HERMITTE, « Les concept mous de la propriété industrielle. Passage du modèle de la propriété foncière au modèle du marché », *L'homme, la nature et le droit*, Bernard EDELMAN et Marie-Angèle HERMITTE (dir.), Paris, Christian Bourgois Éditeur, 1988, p. 86.

72. Z. SHU, *op. cit.*, p. 197.

73. René CÔTÉ, « L'avènement d'un village planétaire. L'Internationalisation normative et le droit de l'informatique », *Entre droit et technique. Enjeux normatifs et sociaux*, René CÔTÉ et Guy ROCHER (dir.), Montréal, Édition Thémis, 1994, pp. 405-425.

champ des objets brevetables sur de nouveaux domaines technologiques et tentent de transposer cette évolution juridique dans le régime international des brevets.

A — La relative flexibilité de l'Accord sur les ADPIC

L'Accord sur les ADPIC a élargi sensiblement le champ de la brevetabilité dans le régime international des brevets. Lors de la négociation de cet accord, un des principaux objectifs des États-Unis était d'imposer la brevetabilité des produits pharmaceutiques, chimiques et biotechnologiques aux pays importateurs de technologie⁷⁴. Cet objectif se reflète dans l'article 27(1) qui stipule qu'un « brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle ». De plus, l'article 27(3) impose aux membres de l'OMC d'accepter la brevetabilité des micro-organismes et d'offrir, à tout le moins, un droit *sui generis* sur les variétés végétales.

Néanmoins, l'Accord sur les ADPIC, résultat de compromis ardu, offre une certaine flexibilité d'application aux membres de l'OMC. Afin de limiter le champ d'application des droits de propriété intellectuelle, les membres de l'OMC peuvent imaginer un système *sui generis* minimal pour les variétés végétales⁷⁵. De plus, ils peuvent exclure explicitement de la définition d'invention les variétés naturelles, les séquences génétiques isolées et les nouveaux usages de produits connus⁷⁶. Enfin, la condition d'application industrielle, si elle est définie de façon restrictive, peut être utilisée pour exclure plusieurs variétés végétales qui ne sont ni comestibles ni ornementales⁷⁷.

La possibilité de prévoir de telles exclusions démontre, aux yeux des Américains, que l'Accord sur les ADPIC n'est pas tout à fait adapté aux plus récents développements technologiques : « L'accord sur les ADPIC est un produit des années quatre-vingt et ne tient par conséquent pas compte des technologies et des problèmes commerciaux du 21^e siècle⁷⁸. » Plusieurs entreprises américaines ont exprimé à leur gouvernement leur insatisfaction sur la définition de l'objet brevetable prévu dans l'Accord sur les ADPIC. La *Biotechnology Industry Organization*, par exemple, qui dit représenter plus de 1 100 entreprises de biotechnologie, a adressé, le 29 janvier 2003, une lettre au USTR pour dénoncer les faiblesses de

74. En 1985, la National Agricultural Chemicals Association a estimé que les pertes subies par ses sociétés membres, en raison de violation de leurs droits de propriété intellectuelle, étaient de l'ordre de 150 à 300 millions de dollars par an. Z. SHU, *op. cit.*, pp. 200 et 341.

75. Dan LESKIEN et Michael FLITNER, *Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources. Options for a Sui Generis System*, Rome, International Plant Genetic Resources Institute, 1997, 75 p.

76. Carlos CORREA, *Intellectual Property Rights, The WTO and Developing Countries, The TRIPS Agreement and Policy Options*, London/New York, Penang/Zed Books/Third World Network, 2000, pp.51-54 et 229.

77. D. LESKIEN et M. FLITNER, *op. cit.*, p. 13.

78. Benedicte CALLAN, « The Potential for Transatlantic Cooperation on Intellectual Property in Asia », BRIE, Working Paper 116, p. 6. Traduction libre de l'auteur.

l'Accord sur les ADPIC : « Malheureusement, les accords internationaux de propriété intellectuelle, y compris l'Accord sur les ADPIC, ne répondent pas aux besoins de notre industrie⁷⁹. » Soucieux de répondre aux besoins des entreprises américaines, le gouvernement américain et le Congrès ont endossé leur requête. Le *Trade Promotion Authority* reprend l'idée que le régime international des brevets devrait mieux correspondre aux développements technologiques : « Les principaux objectifs de négociation des États-Unis concernant la propriété intellectuelle sont [...] assurer une solide protection pour les technologies nouvelles et émergentes [et] s'assurer que le niveau de protection demeure conforme aux développements technologiques⁸⁰. »

Pour atteindre cet objectif, les États-Unis auraient pu prôner un amendement de l'Accord sur les ADPIC. Une occasion unique aurait été la révision des dispositions sur les exclusions à la brevetabilité qui était prévue pour 1999⁸¹. Mais, comme nous l'avons démontré en première partie, le forum multilatéral de l'OMC devient de moins en moins stratégique pour les États-Unis. Ils ont ainsi opté pour la voie bilatérale afin de s'assurer que la définition de l'objet brevetable à l'étranger suive de près les progrès technologiques américains.

Le recours à la voie bilatérale pourrait expliquer, du moins en partie, pourquoi les pays importateurs de technologie ont relativement peu utilisé la flexibilité de l'Accord sur les ADPIC. Selon les estimations de la *Commission britannique sur les droits de propriété intellectuelle*, seulement un pays en développement sur quatre exclut explicitement les plantes et les animaux de la brevetabilité, comme l'autorise l'Accord sur les ADPIC⁸². Certains expliquent cette faible utilisation de la flexibilité de l'Accord sur les ADPIC par le manque de ressources locales, par le biais de l'assistance technique internationale ou par les périodes transitoires trop courtes⁸³. Mais, comme nous le verrons dans la section suivante, l'arrimage des législations des pays importateurs de technologie à celle des États-Unis, particulièrement en ce qui a trait à l'extension de la brevetabilité, s'explique également par la conclusion d'accords bilatéraux de propriété intellectuelle.

B — De nouveaux objets brevetables

L'Accord sur les ADPIC prévoit qu'un brevet peut être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques,

79. www.bio.org/ip/global/20030129.pdf, consulté le 11 mai 2003. Traduction libre de l'auteur.

80. *Trade Act of 2002*, Section 2102 b)4)a)ii)

81. Article 27(3)b) de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*. Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, fait à Marrakech, le 15 avril 1994.

82. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*, London, septembre 2002, p. 160.

83. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Workshop 9 : Institutional Issues for Developing Countries in Intellectual Property Policymaking, Administration and Enforcement*, 18 février 2002, pp. 4-5.

mais ne définit pas davantage le concept d'invention⁸⁴. Or, les accords bilatéraux viennent justement préciser la définition d'invention brevetable pour élargir le champ de la brevetabilité. Par exemple, certains accords bilatéraux, comme celui conclu avec le Pérou, précisent que de nouveaux usages de produits connus peuvent être des inventions brevetables⁸⁵. D'autres accords, comme celui conclu avec la Jordanie, prévoient que les procédés commerciaux et que les utilisations de logiciels peuvent être considérés comme une invention brevetable⁸⁶.

Outre cette extension de la brevetabilité, plusieurs accords bilatéraux ne réitèrent pas les quatre grandes exclusions à la brevetabilité prévues dans l'Accord sur les ADPIC. Premièrement, la majorité des accords bilatéraux étudiés ne prévoient pas d'exclusion à la brevetabilité pour protéger la moralité ou l'ordre public⁸⁷. Cette exception, bien qu'elle soit nébuleuse, permet à certains membres de l'OMC d'écarter un brevet sur un nouveau type de mine antipersonnel ou sur un procédé de clonage d'être humain⁸⁸. Dans ce domaine, les accords bilatéraux conclus par les États-Unis ne prévoient généralement qu'une exclusion pour les inventions utiles uniquement dans la fabrication d'armes atomiques⁸⁹. Deuxièmement, la majorité des accords étudiés ne précisent pas que les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales puissent être exclues de la brevetabilité⁹⁰. L'absence de cette exclusion, qui est pourtant formulée à l'article 27(3)(a) de l'Accord sur les ADPIC, reflète la législation américaine qui, depuis 1996, n'exclut que la pratique des médecins des droits exclusifs conférés par un brevet⁹¹. Troisièmement, la majorité des accords bilatéraux ne prévoient pas explicitement d'exclusion sur les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux⁹². L'accord conclu avec le Pérou stipule même que : « les procédés qui impliquent du matériel qui existe dans la nature ou des copies de ce matériel ne sont pas inclus dans les exceptions et doivent par conséquent être considérés comme des inventions brevetables⁹³ ».

84. Outre les conditions de nouveauté, d'application industrielle et d'activité inventive. Article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC.

85. *Memorandum of Understanding Between the United States of America and the Republic of Peru*, signé le 23 mai 1997, article 4.

86. *Memorandum of Understanding on Issues Related to the Protection of Intellectual Property Rights Under the Agreement Between the United States and Jordan*, signé le 24 octobre 2000, article 5.

87. Article 27(2) de l'Accord sur les ADPIC.

88. Marie-Angèle HERMITTE, *Le brevet et ses exclusions. Considérations techniques et choix de société*, Genève, Société Suisse d'éthique biomédicale, 1991, pp. 4-7.

89. *Agreement on Trade Relations Between the Republic of Albania and the United States of America*, signé le 14 mai 1992, article ix)(c)i)1).

90. Un brevet sur une méthode thérapeutique pourrait s'appliquer, par exemple, sur le nouvel usage d'un médicament. Organisation de coopération et de développement économiques, *Pratiques en matières de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie* », *Documents de travail de l'OCDE*, vol. VII, n° 18, Paris, 1999, pp. 7-8.

91. Patent Act Title 35, *United States Code*.

92. Article 27(3)(b) de l'Accord sur les ADPIC.

93. *Memorandum of Understanding Between the United States of America and the Republic of Peru*, signé le 23 mai 1997, article 1. Traduction libre de l'auteur.

Quatrièmement, la majorité des accords bilatéraux ne précisent pas explicitement que les végétaux et les animaux puissent être exclus de la brevetabilité⁹⁴. L'absence de cette exclusion répond à la demande des entreprises de biotechnologie : « Les prochains accords doivent fermer l'ouverture laissée par l'article 27(3)(b) de l'Accord sur les ADPIC en demandant aux signataires d'octroyer des brevets sur les inventions de plantes et d'animaux transgéniques⁹⁵. »

Il faut toutefois souligner que l'absence d'exclusion explicite ne signifie pas automatiquement que les signataires doivent accepter le brevetage de ces inventions. Néanmoins, contrairement à l'Accord sur les ADPIC qui autorisait clairement certaines exclusions, la majorité des accords bilatéraux laissent place à différentes interprétations sur le brevetage des inventions contraires à l'ordre public, des méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales, des procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux et d'animaux et des formes de vie supérieures.

Si les accords bilatéraux laissent parfois une certaine marge d'interprétation, ils semblent devenir de plus en plus précis en ce qui concerne les variétés végétales. L'Accord sur les ADPIC demande aux membres de l'OMC de prévoir « la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens ». Le système *sui generis* n'étant pas défini autrement que par l'attribut efficace, il permet l'élaboration d'un droit de propriété intellectuelle qui protège les intérêts des petits agriculteurs utilisant des variétés agricoles génétiquement modifiées⁹⁶. Toutefois, la plupart des accords bilatéraux conclus depuis 1994 réfèrent à une convention particulière, la *Convention internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales* (UPOV) qui prévoit un système *sui generis* de protection des variétés végétales. Cette convention offre aux obtenteurs de nouvelles variétés végétales une exclusivité de 20 ans sur la reproduction et la vente de leur variété végétale⁹⁷. Plusieurs organisations qui militent pour les droits des agriculteurs des pays en développement considèrent que la *Convention UPOV* néglige les apports fournis par les agriculteurs dans l'amélioration génétique des variétés agricoles et qu'elle restreint abusivement la possibilité qui leur est offerte d'utiliser de façon rentable les meilleures semences⁹⁸. Les accords bilatéraux qui pressent les parties de se

94. Article 27(3)(b) de l'Accord sur les ADPIC. Ces extensions de la définition de l'invention brevetable, qui sont exigées des pays importateurs de technologie, ne sont bien souvent pas même prévues dans les législations de plusieurs pays industrialisés. La Norvège et le Canada, par exemple, ne permettent toujours pas le brevetage des formes de vie supérieures. Organisation de coopération et de développement économiques, *op. cit.*, p. 5.

95. www.bio.org/ip/global/20030129.pdf, consulté le 11 mai 2003. Traduction libre de l'auteur.

96. D. LESKIEN et M. FLITNER, *op. cit.*

97. Article 14 de la *Convention internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales*, 2 décembre 1961, tel que révisé à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991.

98. THE CRUCIBLE II GROUP, *Seeding Solutions. Policy Options for Genetic Resources. People, Plants, and Patents Revisited*, Ottawa/Rome/Uppsala, International Development Research Center, International Plant Genetic Resources Institute, Dag Hammarskjöld Foundation, vol. 1, 2000, 121 p.

joindre à l'accord UPOV limitent donc le recours à d'autres systèmes *sui generis*, plus favorables aux pays importateurs de technologie et autorisés par l'Accord sur les ADPIC. Plusieurs pays importateurs de technologie, qui ont une industrie biotechnologique limitée mais qui comptent plusieurs petits agriculteurs, ont ainsi adhéré à la *Convention UPOV* au lieu d'imaginer un système *sui generis* qui leur serait peut-être plus approprié⁹⁹.

Plus encore, l'accord de libre-échange signé le 6 mai 2003 avec Singapour et celui signé le 6 juin 2003 avec le Chili imposent, qu'en plus de la protection *sui generis* prévue dans la *Convention UPOV*, les pays signataires doivent offrir une protection par brevets aux nouvelles variétés végétales¹⁰⁰. Si cette tendance se maintient, les accords de libre-échange que les États-Unis négocient avec le Maroc, le Marché commun de l'Amérique centrale, l'Union douanière d'Afrique australe et l'Australie imposeront, eux aussi, la brevetabilité des végétaux.

Par rapport à l'Accord sur les ADPIC, les accords bilatéraux ne représentent pas seulement qu'une extension de la brevetabilité. Certains accords bilatéraux vont au-delà de l'Accord sur les ADPIC en imposant davantage de conditions pour recourir aux licences obligatoires ou en limitant les exceptions aux droits conférés par des brevets¹⁰¹. D'autres demandent aux signataires de ratifier des accords multilatéraux auxquels l'Accord sur les ADPIC ne fait pas référence, comme le *Traité de coopération en matière de brevets* ou le *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des microorganismes aux fins de la procédure en matière de brevets*¹⁰². Plusieurs consolident également les autres droits de propriété intellectuelle, notamment les droits d'auteur¹⁰³. Toutefois, l'analyse de ces dispositions tombe à l'extérieur du champ de cette étude qui se concentre sur l'extension de la brevetabilité.

Conclusion

Si les États-Unis n'ont pas signé plusieurs accords de libre-échange, il faut bien admettre qu'ils ont conclu plusieurs accords sectoriels sur des sujets qui leur sont particulièrement chers, comme l'investissement et la propriété intellectuelle. Pour conclure ces accords avec des pays importateurs de technologie, les États-Unis ont eu recours à une stratégie de coercition qui conjugue sanctions commerciales et promesses d'investissements étrangers. De cette façon, ils sont parvenus à créer un double mouvement d'extension dans le régime international des brevets : une extension géographique et une

99. Sur l'adhésion des pays africains à la *Convention UPOV*, voir www.grain.org/fr/publications/africa-ipr-2002-fr.cfm, consulté le 16 mai 2003.

100. *United States Singapore Free Trade Agreement*, signé le 6 mai 2003, article 16(7) ; *United States Chile Free Trade Agreement*, signé le 6 juin 2003, article 17(9).

101. *Treaty Between the United States of America and the Republic of Poland Concerning Business and Economic Relations*, signé le 21 mars 1990, annexe 1.

102. *Agreement Between the United States of America and the Hashemite Kingdom of Jordan on the Establishment of a Free Trade Area*, signé le 24 octobre 2000, articles 4(2) et 4(21).

103. *United States Singapore Free Trade Agreement*, signé le 6 mai 2003, article 16.4.

extension de la brevetabilité. D'une part, les États-Unis ont intégré dans le régime international des brevets des pays qui étaient en marge du forum de l'OMC ou qui profitaient de périodes dérogatoires pour en faire des exemples régionaux ou des alliés stratégiques de négociation. D'autre part, le régime international des brevets, que tentent de créer les États-Unis, est orienté vers le modèle juridique américain qui étend le champ de la brevetabilité.

Il ne faut pas croire pour autant que les pays exportateurs de technologie n'utilisent que la voie bilatérale pour promouvoir leurs intérêts en propriété intellectuelle. Certes, les États-Unis, tout comme l'Union européenne, ont conclu plusieurs accords bilatéraux depuis l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC¹⁰⁴. Mais les négociations multilatérales et le règlement des différends à l'OMC et à l'OMPI, de même que les pressions unilatérales et l'aide technique au développement, sont autant de voies que les pays exportateurs de technologie utilisent toujours¹⁰⁵.

Devant cette offensive, les pays importateurs de technologie ne sont pas demeurés inactifs. Après avoir conclu un accord avec les États-Unis, plusieurs ont dû affronter une vive opposition intérieure, menée par des organisations non gouvernementales locales et internationales¹⁰⁶. Coincés entre les pressions de la société civile, leurs propres perceptions de leurs intérêts nationaux et les pressions américaines, plusieurs pays importateurs de technologie n'ont tout simplement pas mis en œuvre les accords bilatéraux qu'ils ont conclus avec les États-Unis¹⁰⁷. Ainsi, notre analyse des accords bilatéraux signés par les États-Unis devra être complétée, dans le cadre d'un programme de recherche plus vaste, par une analyse de la réaction des pays importateurs de technologie. Cette analyse permettra sans doute de nuancer les succès de la politique commerciale américaine que nous avons présentés dans cet article.

104. GRAIN, *TRIPS-Plus Must Stop. The European Union Caught in Blatant Contradictions*, mars 2003, www.grain.org/docs/trips-plus-eu-2003-en.pdf.

105. GRAIN, « Interview with Carlos Correa », *Seedling*, janvier 2003.

106. La mobilisation de la société civile équatorienne contre un accord bilatéral signé avec les États-Unis fut, à ce chapitre, remarquable. Susanne Van de WATERINGEN, « USA Pushes Ecuador to Sign IPR Agreement », *Biotechnology and Development Monitor*, n° 33, 1997, p. 2022.

107. La Chine est, à cet égard, un exemple éloquent. Scott J. PALMER, « Identity Crisis. Regime Legitimacy and the Politics of Intellectual Property Rights in China », *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, printemps, 2001, pp. 449-477.